

## Atualização em matéria de responsabilidade por danos morais (\*)

ANTÔNIO CHAVES

Magistrado aposentado - SP

**SUMÁRIO:** 1 - A ressarcibilidade dos danos morais na legislação pátria. 2 - A honra, bem moral por excelência, não há dinheiro que compense seja arranhada. 3 - Poder-se-á falar de dano moral das pessoas jurídicas? Doutrina. 4 - Jurisprudência. 5 - Dano estético. 6 - Nem sempre arrancar um pedaço da orelha do próximo acarreta deformidade. 7 - Não forçarás, em vão, tuas funcionárias a exhibir seus trajes íntimos. 8 - Responsabilidade do Estado pelos atos de violência das autoridades policiais. 9 - Dano psíquico. 10 - Cumulabilidade do dano moral com o pecuniário. 11 - Como avaliar o dano moral. Doutrina. 12 - Um projeto de lei que bem merecia ser retomado e atualizado. 13 - Ache gas para um cálculo.

### 1 - A ressarcibilidade dos danos morais na legislação pátria

Ao dano moral tivemos oportunidade de dedicar as páginas 604 usque 639, complementadas pelas páginas 639-650, relativas à ressarcibilidade pela morte de crianças; 650-667, ao dano estético; 667-677 às violações do direito à imagem; 678-701 às garantias da indenização. Espécies de liquidação. Cálculo, do nosso "Responsabilidade Civil, Tratado", São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1985.

Tal responsabilidade resulta de numerosos textos esparsos. A começar pelo vetusto e sempre atual e elogioso Decreto nº 2.681, de 7 12 1912, que regula a responsabilidade civil das estradas de ferro:

"Art 21 No caso de lesão corpórea ou deformidade, à vista da natureza da mesma e de outras circunstâncias, especialmente a invalidade para o trabalho ou profissão habitual, além das despesas com o tratamento e os lucros cessantes, deverá pelo Juiz ser arbitrada uma indenização conveniente.

(\*) - Palestra de encerramento do I Simpósio Estadual de Direito (Área Civil) de 5 11 1994. Promoção do Instituto de Ciências Jurídicas e FURB Departamento de Ciências Jurídicas em Blumenau-SC.

Art. 22 No caso de morte, a estrada de ferro responderá por todas as despesas e indenizará, a arbítrio do Juiz, a todos aqueles aos quais a morte do viajante privar de alimento, auxílio e educação"

A prosseguir com o próprio Código Civil, que em seu artigo 76 e parágrafo exige, para propor ou contestar uma ação, legítimo interesse econômico ou moral, só autorizando este a ação quando toque diretamente ao autor ou à família

Veio em seguida a Lei nº 4.117, de 27.8.1962, que instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações:

"Art. 81 (caput) Independentemente de ação penal, o ofendido pela calúnia, difamação ou injúria cometida por meio de radiodifusão, poderá demandar, no Juízo Cível, a reparação do dano moral."

Inexplicavelmente o artigo 84 da Lei nº 4.117, de 1962, que instituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações, mandando que o Juiz, na estimação do dano moral, tenha em conta, notadamente, a posição social do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e a repercussão da ofensa, foi derogado, de cambulhada, pelo Decreto-Lei nº 236, de 28.2.67, que revogou os artigos 58 e 99 da citada Lei nº 4.117.

A Lei nº 5.250, de 9.2.1967, que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informações, obriga, artigo 49, aquele que no seu exercício, com dolo ou culpa, violar ou causar danos morais e materiais a repará-los nos casos que indica, bem como nos de calúnia, difamação ou injúrias

A Lei nº 5.988, de 14.12.1973, que regula os direitos autorais e dá outras providências, depois de ter enumerado, no artigo 25, cinco direitos morais do criador de uma obra, especifica três casos em que, "quem, na utilização, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, deixar de indicar ou de anunciar como tal, o nome, pseudônimo ou sinal convencional do autor, intérprete e executante, além de responder por danos morais, está obrigado a divulgar-lhe a identidade".

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.9.1990) inclui no rol que o artigo 6º traça dos direitos básicos do mesmo.

"VI. a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos."

Mas a matéria assurgiu a nível constitucional com a Carta de 20.9.1988, que ao dano moral se refere em dois incisos do artigo 5º, ao enumerar os direitos individuais fundamentais:

"V. é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;"

"X. são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."

Passou assim a se constituir num marco, num verdadeiro divisor de águas, a separar a época atual dos conceitos superados anteriores de parte da doutrina e da jurisprudência.

## 2 – A honra, bem moral por excelência, não há dinheiro que compense seja arranhada

A honra – sentenciou Ariosto – está acima da vida.

É – pregou Vieira – "um bem imortal: a vida, por larga que seja, tem os dias contados; a fama, por mais que conte anos e séculos, nunca lhe há-de achar conto nem fim, porque os seus são eternos: a vida conserva-se em um só corpo, que é o próprio, o qual, por mais forte e robusto que seja, por fim se há de resolver em poucas cinzas: a fama vive nas almas, nos olhos, na boca de todos, lembrada nas memórias, falada nas línguas, escrita nos anais, esculpida nos mármore e repelida sonoramente sempre nos ecos e

trombetas da mesma fama. Em suma, a morte mata, ou apressa o fim do que necessariamente há-de morrer; a infâmia, afronta; afeia, escurece e faz abominável a um ser imortal, menos cruel e mais piedosa se o puder matar."

Em nota sob o texto citado, comenta Gonçalves Viana: "É por isso que a conceituosa filosofia das nações sentencia: Perca-se tudo e fique a boa fama; digna é de nome e fama a mulher que não tem (má) fama; quem a (boa) fama tem perdida, morto anda nesta vida"

"Honra – bem jurídico pessoal – é atributo que se instala no homem, através da conquista. Não lhe dá a sociedade, mas sua vida, seus atos, sua conduta. Os próprios homens havidos como indignos, infames, desonrados – acentua Pili "Diffamazione e Publica Censura" – Milão, 1924, cit. apud Cuello Calón – "pueden conservar zonas honoríficas, en las que es posible la lesión de su honor. Un homicida puede tener el respecto más profundo a la propiedad ajena", etc. (Ver Manzini, 3ª, página 330)

Com essas citações frisa Serrano Neves, "Direito de Imprensa", S. Paulo, Bushatsky, 1977, página 339, ser a injúria crime que se pratica por diversos meios, tais como: a palavra, o escrito, o desenho, a caricatura, a imagem, o gesto e, até mesmo, através de reticência, silêncio, sorriso, ou pergunta maliciosa (Eu não furto, mas e você?)

O elemento material, portanto, do crime de injúria, do ponto de vista objetivo, é a ofensa, por qualquer forma, da honra, da dignidade ou da reputação de outrem.

Com muita oportunidade para o caso em tela reproduz a definição de honra de Carrara: "il sentimento della propria dignità; la stima o buona opinione che gli altri hanno di noi; la potenza inerente ad una buona reputazione di procurare certi materiali vantaggi"

Conclui, na parte que interessa, frisando ser a honra um atributo pessoal, um bem jurídico conquistado pelo ser humano, seja ele quem for. Tem direito ao reconhecimento desse bem não só as pessoas vivas honradas, como, também, os condenados a interdições civis, as crianças e os loucos, como adverte Calón.

Grande é a lábia, a astúcia, o idioma do injuriador. Por isso, não é possível catalogar os meios pelos quais o delito em causa pode ser cometido.

Transcreve copiosa jurisprudência em sede de injúria, Roberto H. Brebbia, "El Dano Moral", Orbis, Rosário, 2ª ed., 1967, e acrescenta à página 268 ser necessário não confundir os ataques realizados contra o nome de uma pessoa dos levados a efeito contra sua honra.

"Na maioria dos casos, as lesões da reputação de um sujeito (aspecto objetivo da honra) levam implícitas um menoscabo ao bom nome do mesmo, mas nessa pressuposição o prejuízo sofrido por uma pessoa na denominação que a distingue nada mais é do que a repercussão do prejuízo sofrido por ela em sua fama.

Assim como a etiqueta colada num frasco para distingui-lo segue a sorte deste se se deteriora, o nome, ou seja, o rótulo que permite individualizar uma pessoa, não pode deixar de seguir o destino do sujeito que lhe serve de suporte; se este é vilipendiado, arrastará forçosamente no desprestígio ao nome que o cobre."

O uso inconsiderado do nome alheio pode dar margem a excessos que atingem profundamente a honra, o direito à reserva, à privacidade, à imagem da pessoa e, conseqüentemente, sua própria honorabilidade, quando violentam seus sentimentos de respeito, retidão, probidade, lealdade, caráter, reputação, estima, conceito, boa fama, enfim.

Por constituir um bem imaterial, a reparação à honorabilidade das pessoas levanta todas as objeções que se invocam, em geral, contra o ressarcimento do prejuízo não patrimonial, questão particularmente delicada entre nós, em que é tão mal regulada.

Cedamos a palavra a Adriano de Cupis:

"Cumpra não esquecer, ainda que a honra, da mesma forma da integridade física e outros bens não patrimoniais, torna possível a obtenção de ulteriores bens, munidos de

utilidade econômica, cujo caráter patrimonial não resulta de modo algum prejudicado pelo fato de serem alcançados através de um bem não patrimonial.

O prejuízo assume, então, o caráter e a denominação de prejuízo patrimonial indireto, com relação a este o ressarcimento não levanta as objeções que se movem contra o prejuízo não patrimonial.

Devem ser reconduzidos a esta espécie de prejuízo, por exemplo, o faltar o trabalho e ganho profissionais em seguida a uma agressão difamatória; ou então, para uma mulher a falta de possibilidade de sistematização matrimonial, com as vantagens materiais correspondentes; trabalho e ganhos profissionais, sistematização matrimonial; são relacionadas com a inatingida reputação, baseiam-se na mesma: e, portanto, a agressão dirigida a esta neles repercute. Eis completamente representado o prejuízo patrimonial indireto, que deve ser ressarcido.

### 3 – Poder-se-á falar de dano moral das pessoas jurídicas? Doutrina

Eis aí tema de grande atualidade, à vista do disposto no artigo 5º, X, da Constituição Federal, que declara invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

“Das pessoas” abrangerá também as jurídicas?

A opinião da generalidade dos escritores é afirmativa, com exceção de Manzini, “Trattato di Diritto Penale”, vol. VIII, página 333.

Assim, Pontes de Miranda, invocando Specker e Ferrara: ao adquirir personalidade, as pessoas jurídicas adquirem tal direito, que não depende de substrato pessoal físico.

Adriano de Cupis faz ver que, ainda que as pessoas jurídicas não possam ter o “sentimento” da própria dignidade, esta pode sempre refletir-se na consideração de terceiros. Configura-se, portanto, o bem da honra também no que lhe diz respeito, bem ao qual não pode faltar a proteção penal, pois os dirigentes que sabem orientá-la com exatidão colhem, no bom conceito de que ela vem a desfrutar, valiosíssimos frutos oriundos da confiança inspirada pela sua conduta.

Exclui as sociedades de fato, que não têm personalidade, da atribuição de um direito à honra, encarece que este pode ser mesmo direito a uma fictícia dignidade, muito embora a dignidade pessoal até certo ponto nunca seja fictícia, por corresponder àquele real valor que existe em cada indivíduo humano como tal, para aditar:

“De qualquer modo, mesmo esta fictícia dignidade, porquanto é uma aparência da pessoa, constitui uma qualidade da mesma; espelhando-se na opinião de terceiros, protege-se externamente: mas é sempre uma atribuição da pessoa. A máscara moral qualifica quem a carrega, mesmo se se imprime no espírito alheio.”

É dentro dessa concepção que há de se entender a proposição constante do Projeto de Código Civil de 1975:

“Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.”

Bem por isso qualquer atentado cometido traduz um dano irremediável a que apenas em parte a indenização em dinheiro conseguirá aliviar.

As opiniões daqueles que identificavam o dano moral com o sofrimento, negando, por essa razão, pudesse uma pessoa jurídica tornar-se passiva dessa espécie de dano, ficaram sepultadas pela avalanche de opiniões mais modernas em sentido contrário.

Henri e Léon Mazeaud, “Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile, Délictuelle et Contractuelle”, Sirey, Paris, 2ª ed., 1934, tomo I, páginas 315/316, entendem de indiscutível que as pessoas jurídicas públicas podem propor ação de responsabilidade enquanto sofrem prejuízo pessoal.

“Não há nenhuma razão para delimitar esse direito de ação somente nos casos de prejuízo material. Uma pessoa jurídica pública pode muito bem ser lesada em seus interesses morais.”

Invocando-os, Rubens Limongi França, “Reparação do Dano Moral”, Rev. dos Tribunais, vol. 631, páginas 29-37, deixou explícito que: “... a pessoa jurídica também pode ser sujeito passivo de dano moral. Por exemplo, um sodalício cultural, uma vez difamado como instituição, pode sofrer prejuízo em seu renome.”

Isso é um dano moral, tão reparável como aquele lesivo da pessoa natural.

Parece que poderíamos, mesmo, afirmar a possibilidade de existir dano moral à coletividade, como sucederia na hipótese de se destruir algum elemento do seu patrimônio histórico ou cultural, sem que se deva excluir, de outra parte, o referente ao seu patrimônio ecológico.

### 4 – Jurisprudência

Tão controversa a matéria que são raros os arestos em que não se manifeste divergência de opiniões, como ocorreu com o julgado de 9 de março de 1994, da 9ª Câmara do TACrim-SP, no Rec. nº 845 257, rel. Juiz Canellas de Godoy, Boletim IBCrim nº 22:

“É possível que uma pessoa jurídica figure no pólo passivo de uma relação profissional penal em crime de difamação, posição essa predominante e quase pacífica, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.”

“Quase pacífica” mesmo.

Assim, acórdão da 6ª Câmara Civil de 17 de agosto de 1993 do TJRS, na Ap. nº 593 028.962, ADV 65.232, consignou, pelo seu relator, Des. Adroaldo Fabrício:

É absolutamente necessário que se mantenha bem claro o traço divisório entre o dano material e o dano moral. Aquele sempre se traduz, direta ou indiretamente, em prejuízo econômico; este é patrimonialmente inavaliável, a ponto de que esse tem sido o mais pertinaz dos argumentos contrários à admissão de sua própria existência. Na realidade, o dano verdadeiramente moral se indeniza pecuniariamente porque, ou a pretexto de que, uma compensação financeira para a dor pode torná-la mais suportável. Se alguém é privado dos seus braços, sofre um dano material consistente na incapacitação para o trabalho e conseqüente ganho pecuniário que os braços lhe podiam proporcionar – mas há mais: essa pessoa exibirá pelo resto de sua vida o aleijão constrangedor; sofrerá uma menos-valia social e estética irreversível; a esfera emocional resultará profundamente afetada, bastando lembrar que essa pessoa jamais poderá abraçar alguém. Esse *pretium doloris* é o que se indeniza a título de dano moral. Nada disso se passa com a pessoa jurídica. Tudo o que se possa imaginar como conseqüência de uma ofensa, injúria ou insulto tomará a forma de menos-valia econômica, na medida em que o conceito e a credibilidade no mundo dos negócios, a oportunidade de ganhos futuros, a redução dos lucros atuais e a cessação dos esperados, as restrições ao crédito são sempre valores econômicos e não morais. As pessoas jurídicas só podem ser prejudicadas em suas finalidades, não em sua essência de pessoa: o dano que assim se traduza será sempre dano econômico, inclusive quando se trate do bom-nome, da credibilidade pública e da decorrente redução de oportunidades de ganho. O dano à auto-estima, ao amor-próprio, pode eventualmente alcançar, por via reflexa, os membros de uma sociedade, mas nesse caso por estes e em seu favor tem de ser postulada a correspondente indenização.

Fundamentou bem no entanto seu voto divergente o Des. Sérgio Gischkow ao dizer parecer-lhe que a resistência àquela possibilidade se insere “em tradicional linha de resistência oposta ao dano moral, iniciada pela própria rejeição da indenizabilidade desta espécie de dano, e, depois, pela não aceitação de que se cumulasse ressarcimento de dano patrimonial como dano moral. Considero que os valores relacionados com a honra estão



entre os mais sérios e relevantes protegidos pelo sistema jurídico, situando-se logo depois do valor vida, do valor integridade corporal e do valor liberdade. Assim, devem ser aprimorados e aperfeiçoados os meios jurídicos visando prevenir e reprimir o dano moral. Mais ainda, em época na qual a honra das pessoas é posta em dúvida pelas formas as mais levianas e quando se tem um sistema jurídico que, equivocadamente, defende mais o patrimônio do que a honra, bastando ver o que acontece com nosso Código Penal. Ensina José de Aguiar Dias ("Da Responsabilidade Civil", 5ª Ed., 1973, vol. II, nº 250, página 448) que "a pessoa jurídica pública ou privada, os sindicatos, as autarquias podem propor ação de responsabilidade, tanto fundada no dano material como no prejuízo moral. Esse ponto de vista, esposado pela generalidade dos autores, é sufragado hoje pacificamente pela jurisprudência estrangeira. A nossa carece de exemplos, ao menos de nós conhecidos. Não há razão para supor que não adote, ocorrida a hipótese, igual orientação".

Também no TJRJ, acórdão da 2ª Câmara Civil reg. em 5 de janeiro de 1994, Ap. 1506, rel. Des. Murillo Fábregas, Adv. 66.162, entendendo não ser a pessoa jurídica sujeito passivo do dano moral. O ataque injusto ao seu conceito só é de ser reparado na medida em que a ela causou prejuízo de ordem patrimonial. O dano moral supõe dor moral ou física, só possível de ser verificada nas pessoas físicas. Verificada a tácita rescisão do contrato, afigura-se injusto o protesto dos títulos que a ele se referem, contou com voto divergente da Desª Maria Stella: "Aplicabilidade do artigo 5º, X, da Constituição Federal, que não mais restringe o seu alcance à pessoa física, referindo-se, apenas, à pessoa (física ou jurídica). O dano moral, por isso, não mais se limita ao *pretium doloris*, mas à imagem da pessoa, física ou jurídica, no meio social, resguardando-se a sua idoneidade e respeitabilidade, atingindo-se essa imagem pela restrição ao crédito, na hipótese dos autos".

## 5 – Dano estético

É matéria que versamos extensamente às páginas 650-667 de nossa aludida monografia.

A maioria dos casos de deformidade tem origem em acidentes nos meios de transportes.

O caso mais dramático, sob todos os aspectos, terá sido o de Caroline dos Santos, pernambucana, então com 18 anos, quando um acidente de automóvel na estrada entre Natal e Recife mutilou completamente seu rosto. Quase dois anos depois, as 12 cirurgias, os diversos enxertos e as andanças de hospital a hospital pouco puderam fazer para que ela conseguisse sair à rua sem a máscara que protege o que sobrou de sua face aos olhares de horror que sempre desperta: perdeu todos os ossos do rosto, o nariz, o palato, os maxilares e um dos olhos.

Não passaria ela de mais de uma das vítimas impotentes do trânsito do Brasil, não tivesse o acidente sido provocado por uma Veraneio da Aeronáutica, dirigida por motorista alcoolizado.

Só no dia 3.7.1986 o caso foi tornado público por sua família, que procurou o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher a quem fez dois pedidos: que o Conselho entregasse uma carta de Caroline ao presidente José Sarney e que a Justiça obrigasse o Ministério da Aeronáutica a arcar com as despesas que possam levá-la a ter o rosto, pelo menos, parecido com o de antes.

Edileusa dos Santos, uma das irmãs de Caroline, acusa alguns oficiais da Aeronáutica de terem obrigado Caroline a esconder o seu drama da própria família e do público. Chega a desconfiar que um de seus próprios irmãos (justamente o que viajava com Caroline no carro acidentado) tenha recebido dinheiro da Aeronáutica para esconder o verdadeiro estado da irmã, que chegou a ser dada como morta.

Naquela data, o hospital da Força Aérea Brasileira, com sede no Rio, rompeu o silêncio (imposto pela própria Caroline) e a mostrou ao Estado e ao JT, com o consentimento dela. Há muito pouco para se dizer diante de alguém que deixou de ser o que era. A própria Caroline procura manter a cabeça virada para não passar pelo constrangimento de ver a piedade e o horror estampado nos rostos dos que a visitam. O que procura falar sai quase inaudível e aumenta ainda mais o clima de emoção em torno dela.

Parece até ter sido a inspiradora do personagem mascarado, da novela "A Viagem", que a TV Globo terminou de exibir no dia 21.10.1994.

Ou será que é a vida que imita o romance?

Um alerta da Quarta Câmara Civil do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo à sociedade em geral e, em particular, aos pais que têm filhos na adolescência, envolvendo a reparação de danos estético e moral, foi lançado em julgado unânime de 5 de julho de 1994, na Apelação nº 560.637, de Campinas, provocado por grave acidente de automóvel ocasionado por menor na direção de veículo, por considerável espaço de tempo e após ingestão de bebida alcoólica.

Ressaltou o relator, Juiz Carlos Bittar – notícia "Tribuna do Direito" nº 18, de outubro, página 6 – "estarem as verbas da condenação coerentes com a gravidade dos fatos, respondendo aos princípios e às regras que comandam a problemática da reparação civil, em particular quanto a danos morais e, mais especialmente, com relação a danos de cunho estético". Estes, acrescenta o acórdão, "deixam sulcos e marcas indeléveis na forma plástica da vítima, com os traumas e os constrangimentos decorrentes". Nesse sentido, o relator cita decisões na Apelação nº 513.407-4, 2ª Câmara, julgada em 7.4.93; DJU, 7.5.90, página 3.832; RF 261/295 e 268/253 e RT 636/128).

De acordo com o tribunal, prevalece, no dano estético, a necessidade de se indenizar "tanto as despesas que o lesado tenha para a respectiva recuperação (reparação patrimonial, porquanto dano físico), como os danos estéticos derivados do fato da violação (reparação moral), porque o reflexo se sente na esfera afetiva e valorativa da personalidade da pessoa atingida, na defesa da dignidade humana". O relator cita, entre outros autores, Ihering (*Actum injuriarum*), Melchiorre Gioja ("Del ingiuria dei danni – del soddisfaccimento e relative basi di stim he i tribunali civili") e Henri De Paga ("Traité de droit civil belge").

Segundo Bittar, o critério adequado, no caso, é o ("Assentamento da indenização estética sobre a base patrimonial, com o exacerbamento próprio". O Juiz esclarece: "Impera, a respeito: a) o princípio da responsabilidade integral, consoante o qual se deve atender, na fixação da indenização, à necessidade de plena satisfação do lesado, buscando-se no patrimônio dos lesantes valores que, sem limites, a tanto correspondam; e b) a técnica da atribuição de valor de desestímulo, ou de inibição, para que se abstenha o lesante de novas práticas do gênero, servindo a condenação como aviso à sociedade; com isso, ao mesmo tempo em que se sancionam os lesantes oferecem-se exemplos à sociedade, a mostrar-lhe que certos comportamentos, porque contrários a ditames morais, recebem a repulsa do Direito". (M.M.)

## 6 – Nem sempre arrancar um pedaço da orelha do próximo acarreta deformidade

A 4.9.1984, em Borrazópolis, comarca de Faxanil, no Paraná, Ismael Ferreira agrediu Ataíde Estércio, produzindo-lhe lesão no rosto e mordendo-lhe a orelha esquerda, a ponto de lhe arrancar um pedaço.

Foi denunciado e condenado como incurso no artigo 129, § 2º, inciso IV, do Código Penal, à pena de dois anos e quatro meses de reclusão e o magistrado a substituiu pela proibição de exercício de cargo eletivo (art. 43, inciso II, do Código Penal).

A apelação-crime interposta, nº 148, deu provimento, por unanimidade de votos a Primeira Câmara Criminal do TJPr em 9.10.1986, RF 300/319: A deformidade permanente somente pode vingar como causa de qualificação, quando importar em dano estético de monta que cause impressão, "se não de repugnância, pelo menos de desagrado, acarretando vexame ao seu portador", o que não restou demonstrado no caso concreto.

Argumentou o relator, Des Plínio Cachuba que a deformidade do membro, apêndice, etc., nem sempre configura a deformidade da pessoa no aspecto jurídico-penal. Assim, a cicatriz nas nádegas não deixa de ser uma deformidade, mas não caracteriza a qualificadora, porque permanece oculta pelas vestes. Então, a simples referência à deformidade da orelha não basta à demonstração do dano estético. Sem falar, ainda que, por ocasião da confecção do laudo pericial, os peritos responderam negativamente ao quesito indagador da deformidade.

Por essa razão, é que respeitada corrente jurisprudencial exige que os autos contêm a fotografia da vítima, possibilitando a efetiva e segura constatação da deformidade.

"Para reconhecimento de deformidade permanente, fotografia demonstrativa do dano físico convence mais que longo arrazoado. Ausente tal prova, de se converter o julgamento em diligência, com vista a sua produção" (JUTACrim, 32/38).

Além da insegurança do laudo, nenhuma das testemunhas foi indagada acerca da fealdade, do aspecto repugnante ou não da vítima, em razão do ferimento sofrido.

E, mais, na própria sentença, não há uma linha sequer acerca do ferimento e de sua consequência de dano estético. Vale dizer, a qualificadora não passou pelo crivo do exame do Juízo de 1º Grau. "É omissa a sentença quanto a esse aspecto".

Finalmente, a própria vítima esclarece que a perda do pequeno pedaço de orelha esquerda não lhe tem trazido problemas, somente dando para notar quando observada com muita atenção.

Diante desse quadro, de absoluta insegurança quanto à existência da causa de qualificação, a prudência recomenda que se opte pela solução mais favorável ao réu, no caso a desclassificação para lesões leves, com a concessão de sursis.

## 7 – Não forçarás, em vão, tuas funcionárias a exhibir seus trajes íntimos

Mas o caso mais original de uma indenização vultosa por danos morais terá sido o noticiado a 12.7.1991 da condenação imposta pelo Juiz da 37ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, Sérgio Verani, ao presidente da empresa de lingerie De Millus, Nahum Manela, acusado de obrigar, sob ameaça de demissão, as empregadas da fábrica a passar por revistas diárias para provar que não estavam roubando peças, – a pagar indenização de Cr\$ 17 milhões, por causar constrangimento ilegal.

As funcionárias decidiram entrar com processo na Justiça em 1989 depois de uma greve de protesto contra a revista. Na época, 230 grevistas foram demitidas. O processo durou quase dois anos, porque o Juiz teve de ouvir quase todas as funcionárias e diretores da De Millus, além do próprio Manela.

Verani chegou à conclusão de que a atitude do empresário era vexatória e humilhante porque as empregadas deviam se despir para mostrar os trajes íntimos. Na sentença, de 16 páginas, citou "os filósofos Marilena Chaui e Michel Foucault" e afirmou que a organização repressiva do trabalho reduz a capacidade de resistência do empregado na fábrica.

Segundo o Juiz, os depoimentos das funcionárias deixaram claros o constrangimento e a humilhação. Manela justificou que a revista era necessária para desencorajar o roubo na indústria. "Em nome da defesa do patrimônio e do lucro não se pode violar a dignidade humana", considerou o Juiz.

## 8 – Responsabilidade do Estado pelos atos de violência das autoridades policiais

Em nosso "Tratado de Direito Civil, Responsabilidade", São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1985, páginas 128-130, apontávamos vários exemplos expressivos de que se começam a registrar, entre nós, finalmente, manifestações jurisprudenciais de que, tal reconhecimento, "mais do que abusivos, verdadeiramente criminosos de determinadas autoridades policiais, não se podem mais medir pelos parâmetros apenas simbólicos do Código Civil".

São cada vez mais freqüentes e impressionantes os noticiários a respeito de ações abusivas das nossas autoridades policiais, despreparadas, ignoras violentas imotivadas – salvas numerosas e honrosas exceções.

Compendia Marigê Quirino Marchini "Brasil: os números da violência, o Escritor", nº 66, outubro 92, página 10:

"Recentemente a imprensa brasileira, através dos jornais "Folha de S. Paulo", "Shopping News" e revista "Visão" em artigos extensos, transcrevem números da violência policial no Brasil. Reproduzimos trechos do artigo "Número da violência empata com Vietnã", com o subtítulo: "Perto de 5 mil jovens morrem anualmente no País vítimas da violência, mas a sociedade civil continua indiferente" de Marcos Rosa, publicado em 6 de setembro de 1992, no "Shopping News". Um confronto mais violento do que o ocorrido no Vietnã está matando dois jovens por dia em São Paulo e pelo menos uma criança por dia no Brasil. Esta violência crescente, que se compara ao nazismo, segundo a Federação Internacional dos Direitos do Homem, com sede em Paris, mobiliza contra os jovens a ação permanente de policiais e justiceiros nas ruas e pais bêbados e mães desajustadas dentro da casa. A opção que os esquadrões da morte fizeram pelos pobres eleva a taxa de assassinatos de jovens nos bairros periféricos da capital.

Em 1991, foram assassinados 674 jovens (622 do sexo masculino) com menos de 18 anos no município de São Paulo. O levantamento foi pelo Programa de Aprimoramento das Informações de Mortalidade no Município de São Paulo (Pro-Aim). (...) Das 674 mortes, 598 jovens foram assassinados entre os 15 e os 18 anos. E é citada a conclusão da CPI do Menor, presidida pela deputada Rita Camata (PMDB-ES): "As entidades da sociedade civil que mais se destacaram no combate à tortura dos presos políticos silenciaram ou não se empenharam com o mesmo vigor e combatividade na questão da tortura e do extermínio dos presos comuns e dos meninos infratores".

A simples referência a um caso mostra como uma humilhação injusta fere mais fundo do que um cutelo e provoca revolta tanto maior quanto mais alteia a covardia contra quem está impossibilitado de se defender.

Foi o caso de um abuso de autoridade verberado por acórdão unânime da 11ª Câmara do TACrim-SP de 11 de janeiro deste ano 1994, Apelação nº 785.721, Rel. Juiz Renato Natalini, ADV 65.304:

A cuspidia é humilhante. Fere o ser humano em sua dignidade e não pode ser tolerada, principalmente quando parte de agente da autoridade, encarregado pelo sistema de prevenir e reprimir os atos anti-sociais. Presente, ainda, a covardia da agressão, partindo de miliciano armado, contra réu algemado e totalmente impedido de qualquer reação. Não se pode transigir com essa conduta, devendo a Justiça coibi-la mediante efetiva repressão.

No dia 28.2.1984 a 8ª Câmara Cível do TJRJ condenou por unanimidade, o Estado a pagar uma indenização por danos morais a Vilma Nogueira Barbosa, viúva do comerciante Francisco do Rosário Barbosa, morto a pancadas pelo detetive Antônio Carlos Mantuano, dentro da 9ª Delegacia em fevereiro de 1981.



Na mesma sentença, o Estado é obrigado, também, a pagar à viúva por danos financeiros e conceder-lhe uma pensão vitalícia.

Além dos danos morais, a serem calculados, o Estado foi condenado a pagar a Vilma os salários que seu marido receberia nos últimos três anos, com juros e correção monetária. Na época em que foi morto na Delegacia do Catete, ele ganhava Cr\$ 11 mil mensais, como comerciário. Os desembargadores consideram que o Estado foi responsável pela morte, já que a vítima estava numa repartição pública e foi espancada por um funcionário público.

E as notícias da repressão aos abusos policiais vão se multiplicando.

O Juiz da 4ª Vara da Fazenda Pública de Porto Alegre, Paulo Roberto Hanke determinou, no dia 14.4.1989 que o Estado do Rio Grande do Sul indenizasse por danos morais os uruguaios Lilian Celiberti e Universindo Diaz, seqüestrados em novembro de 1978 por policiais do DOPS e agentes do Uruguai. Cada um deverá receber NCz\$ 30,7 mil. Na mesma sentença o Juiz determinou o pagamento de NCz\$ 17,5 mil para cobrir despesas de carceragem em prisões uruguaias.

"É a primeira vez que, em países do Cone Sul, o Estado é responsabilizado por uma ação conjunta de órgãos de repressão de dois países", comemorou o conselheiro do Movimento de Justiça e Direitos Humanos, Jair Krischke. A ação foi patrocinada pelo advogado Omar Ferri, que se baseou na condenação, também inédita, de um dos seqüestradores de Lilian, o agente do DOPS Orandir Portassi Lucas, o Didi Pedalada, para responsabilizar o Estado.

Grande repercussão teve a sentença do Juiz Pedro Aurélio Pires Maringolo, da 3ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública de São Paulo, que julgou procedente ação indenizatória proposta pelo casal Pedro Caringi e Ana Caringi, condenando o governo do Estado de São Paulo e pagar uma indenização de Cr\$ 200 milhões por danos morais, pela morte da filha dos mesmos Adriana, na madrugada de 20.3.1991, dentro de sua casa, enquanto um casal de assaltantes a imobilizava como refém durante cerco com grande aparato policial, além das despesas de funeral e uma pensão mensal a partir da propositura da ação enquanto o casal viver, além das despesas e honorária.

O precedente é invocado principalmente pelo fato de o magistrado ter afirmado que a morte foi causada exclusivamente pela "ineficiência, despreparo, desorganização e falta de coordenação e de liderança das polícias civil e militar, impressionando o Juiz as imagens gravadas do acontecimento, principalmente pelo enorme aparato policial, "desordenado e descoordenado", que estúpida e desnecessariamente vitimou a professora Adriana.

O Juiz explicou que a indenização do dano patrimonial se resolve com a reparação, assim entendida a restauração econômica, integral, do bem patrimonial atingido. "A indenização do dano moral, todavia, não se resolve pela reparação. A dor não tem preço e bens jurídicos de substância cultural ou ecológica também são incomensuráveis. Os danos morais são indenizáveis pela compensação", conclui.

"Se o dinheiro não paga o preço da dor e não faz ressurgir uma obra de arte ou uma floresta secular destruídas, é capaz, contudo, de ensinar ao lesado sensações que amenizem as agruras resultantes desse dano não econômico".

Em sua sentença de 14 laudas datilografadas, o Juiz afirmou que a fixação da indenização deve levar em consideração todo o sofrimento injustamente causado aos autores pelos policiais, a necessidade de punir a administração policial do Estado, pelo ineficiente e irresponsável desempenho de seus agentes, de maneira a forçar um aprimoramento desse serviço público. Isso evitará que episódios semelhantes tornem a infelicitizar outras famílias.

E o Juiz enumera todos os sofrimentos vividos pelos pais de Adriana. "Tanto sofrimento moral exige uma compensação econômica de algum vulto, que além de implicar na penalização da Fazenda Pública, deva propiciar aos autores algum sentimento de satis-

fação que neutralize ou compense de alguma forma a tristeza que lhes foi imposta pelos agentes da Segurança Pública Estadual", concluiu.

É justamente aquela culpa **in vigilando** que já invocamos que tem servido de supedâneo ao reconhecimento da responsabilidade do Estado nos casos mais graves de morte de detentos no cárcere.

Assim, a 4ª Câmara do TJMG, aos 30.11.1989, na AC 80.260, Rel. Des. Vaz de Mello, Justiça Mineira, 108/241:

"Responsabilidade Civil do Estado - Assassinato de Detento em Prisão - Culpa **in vigilando**. Indenização. A morte de detento em estabelecimento prisional acarreta a responsabilidade do Estado por culpa **in vigilando**, já que a vítima se achava sob a custódia e direta proteção do Poder Público, ao qual cumpria, através de seus agentes, velar por sua integridade física, como preceitua a CF. Responde a pessoa jurídica de direito público, da qual a autoridade carcerária que faltou com o dever de vigilância é servidor, pela indenização cobrada por familiares de detento assassinado em prisão."

Mas o cúmulo da incapacidade moral de agentes policiais despreparados foi o julgamento da 1ª Turma do STF, no RE nº 102.160-MG, v.u. de 24.5.1988 relativo ao assassinato duplamente criminal de um menor: em primeiro lugar por ter sido recolhido, com apenas 14 anos de idade, por suspeita de furtos, à enxovia da Delegacia de Furtos e Roubo, em Belo Horizonte, e, pior ainda, por ter sido colocado, por mera perversidade, na mesma cela de um perigoso assassino, que ele havia sido obrigado, sob tortura, a denunciar: DJ 28.2.1992, JSTF, Lex, 161/180 e Revista Jurídica, 176, junho 1992, pág. 56-63.

Merecem ser transcritas as passagens frementes de indignação do Relator, Ministro Néri da Silveira, em abono da nossa tese da imprescindibilidade de remuneração mais condigna dos componentes das nossas Polícias, que permitirá ao Estado uma seleção rigorosa e correspondentes exigências na exação de seu comportamento:

"**In casu**, o Estado deteve, sem autorização judicial, o infeliz menor. Mais: arrancou-lhe a confissão de que outrem, maior, de alta periculosidade, participara de ação criminosa. Mais ainda: guiado pelo menor, já detido, foi até o local onde se encontraria o outro, que então se prendeu. E, para estorrecimento geral, recolheu à mesma cela menor infidente e o seu companheiro de assalto, de alta periculosidade, por ele denunciado.

A crônica especializada registra, para nossa vergonha, inúmeros casos de assassinatos em celas policiais. Quase sempre praticados por quem, julgando-se traído, jurou vingança ao parceiro que não guardou segredo da ação criminosa. Não raro a imprensa deixa antever que, com diabólicos propósitos, traidor e traído são colocados na mesma cela, morrendo aquele que, exausto, desgraçadamente durma primeiro.

Na espécie, Cosme, a vítima, e Elias, o assassino, foram recolhidos à mesma cela.

Sabia a autoridade policial que aquele a este denunciara.

Sabia mais que este era de alta periculosidade, como aliás reconhece a contestação.

A despeito disso, juntamente com outros infratores menores e outros criminosos, foram todos, como bichos, reunidos no mesmo cárcere.

Evidente, pois, que ao recolhimento do menor, por sua segurança, tornou-se responsável a autoridade policial. Pouco importa sua vida anterior, infeliz desajustado, criminoso potencial. Nada disso importa porque, detento, o Estado se torna responsável pela segurança do detido. Criminoso ou inocente, herói ou covarde, santo ou bandido, todos são seres humanos por cuja vida o detentor responde. Não fora assim, ao direito de deter seguiria, por extensão, o de executar, direta ou indiretamente, por ação ou omissão.

Reconhecida procedência da ação, foi condenado o Estado, diante das circunstâncias do caso, a pagar pensão mensal de dois terços do salário mínimo regional reajustável, à autora, "durante o período que vai da morte de seu filho até o dia em que completaria ele sessenta e cinco anos de idade, período naturalmente encurtado se sobrevier, antes o fale-

cimento da apelada. Súmulas 490 e 491. Alegação de negativa de vigência dos artigos 159 e 1.537 do CC, que não é de acolher-se. Inviável o reexame de fatos e provas, em RE, a teor da Súmula 279. Dissídio de jurisprudência que não se tem como demonstrado, diante das circunstâncias dos casos confrontados. RE não conhecido.

## 9 – Dano psíquico

Caracteriza-se aqui, perfeitamente, um daqueles casos típicos que acórdão precursor do 2º Grupo Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul detectou, em eventualidade diferente, mas expressivamente análoga, de dano estético sofrido por uma senhora em virtude de lesões decorrentes de acidente de trânsito reconheceu como de “dano psíquico”.

Qualificando o acórdão como “memorável”, que “impõe, por seu alto valor, o conhecimento do mundo jurídico”, José de Aguiar Dias, “Dano Psíquico e Dano Estético. Uma Decisão Memorável”, “ADV Informativo”, 1983, página 194, anota que a maioria considerou-o indenizável.

Os votos vencedores, aceitando a sólida argumentação do Juiz Ruy Rosado de Aguiar Júnior, assentaram que a indenização por ato ilícito não se confunde com o direito a proventos, pois deriva de relações jurídicas diversas:

“Combatendo, com confessada veemência, a tese de que a vítima não sofrera, com a lesão psíquica, prejuízo jurídico avaliável economicamente, disse o Relator, Juiz Décio Erpen, que ela importaria a legalização das ofensas pessoais. Trouxe à colação o voto do Juiz Rosado de Aguiar, no sentido de que a existência de um dano psíquico que incapacitou a vítima criou para o réu um vínculo pelo qual surge como obrigado esse dano... pois o que se está a tutelar é a pessoa humana, em sua integridade física e psíquica, com todos os seus atributos e predicados.”

Sustentou que o dano psíquico e o dano estético são cumuláveis, embora nem sempre. Há lesões que não dão deformidade física, mas afetam o psiquismo.

“Poucas vezes” – conclui o príncipe de nossos especialistas em responsabilidade civil – “temos visto atualmente tamanho e tão estimulante interesse em discutir e bem decidir um caso de responsabilidade civil cuja importância, para fixação de posição doutrinária não se pode jamais dar como exagerada.”

Passando da simplicidade do reconhecimento da obrigação de indenizar oriunda de ato ilícito à tese da cumulatividade do dano estético com o psíquico, o julgado do ilustre Tribunal gaúcho marcou uma excelente demonstração de seu preparo e da sua preocupação de bem aplicar o direito.

Nossa opinião, suficientemente manifestada, coincide em grande parte com a do Relator. Temos como cumuláveis, em regra, a indenização por dano estético e a indenização por dano moral, chamado de psíquico, propositadamente, no douto julgado, para melhor expressar o dano representado pelo sofrimento, pela angústia, pela vergonha ou sensação de inferioridade da vítima, atingida em seus mais íntimos sentimentos.

Conforme assinalado no acórdão, eles têm caráter diferente, embora proveniente do mesmo fato ilícito; um é de ordem puramente psíquica, pertencente ao foro íntimo, outro é visível, porque concretizado na deformidade. Temos a impressão de que a chave para a solução encontrada pelo ilustre Relator está no § 1º do artigo 1.538, do Código Civil, segundo o qual a indenização por ofensa à saúde será duplicada, se do ferimento resultar aleijão ou deformidade. Isto é, soma-se ao dano causado pela lesão o dano psíquico, porque essa lesão causa deformidade, do que deriva, ao lado da perda física, o sofrimento pela inferioridade das condições do aleijado em confronto com as pessoas ilesas.”

## 10 – Cumulabilidade do dano moral com o pecuniário

Tem-na admitido nossa jurisprudência, a princípio relutantemente, atualmente com cada vez maior firmeza:

TJBA, EI 06/84, Rel. Des. Rui Trindade, Revista Jurídica, nº 139, maio 1989:

“Dano moral – Estimação em dinheiro – Cumulação – O agente é responsável pela reparação do dano que deu causa. A reparação do dano moral através de uma indenização que não é reparação do *pretium doloris*. Ela é uma reparação satisfatória. Menos que um benefício para o ofendido do que um castigo para quem o ofendeu levemente. A função satisfatória da indenização deve ser estimada em dinheiro. Um único evento pode constituir um leque de prejuízos de natureza diversa a justificar cada um uma verba reparatória, sem margem a ocorrência de reparar duas vezes a mesma perda.”

TA-PR, ac. un. 2ª Câm. Civ. de 31.5.1989, Ap. 725/89, Rel. Juiz Ivan Bortoleto, ADV 46598:

“A ação de reparação de danos, de natureza pessoal, tem a prescrição regulada pelo artigo 177 do Código Civil. O dano moral é indenizável, a título de sanção civil, sendo admissível sua cumulação com os danos materiais.”

Admitiu a cumulabilidade do dano moral com o material, na reparação por morte de filho, o 1º TARJ, por ac. do 4º Gr. de Câms., de 27.10.1983, Rel. Juiz Elmo Arueira, ADV 15.207.

O TJSC, por ac. un. de 14.8.1990 de sua 2ª Câm. Civ. Ap. nº 31.239, Rel. Des. Eduardo Luz, RT 670/143 aceitando não só o cabimento de indenização do dano moral independentemente de comprovação dos prejuízos materiais, como também a sua cumulabilidade, a ser apurado o *quantum* por arbitramento em liquidação de sentença.

Também o TJSP, por ac. un. de 6.5.1985, da 3ª Câm. Civ., Ap. 56.656-1, Rel. Des. Penteado Manente, ADV 24.563.

Superior Tribunal de Justiça, por v.u. de sua 3ª Turma de 4.6.1991, REsp. nº 7.072, DJ 5.8.1991, e JSTJ e TRF Lex, 28/133, Rel. Min. Waldemar Zveiter:

“Responsabilidade civil – Indenização – Dano moral e material

Se existe dano material e dano moral, ambos ensejando indenização, esta será devida como ressarcimento de cada um deles, ainda que oriundos do mesmo fato.”

O entendimento chegou mesmo a ser cristalizado na Súmula nº 37, do STJ: “São cumuláveis as indenizações por dano material e moral oriundos do mesmo fato.”

Aplicou-a a 1ª Turma, no REsp. 32.173-RJ, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU 27.6.1994, Rev. Jurídica 203/84, nº 8.468:

Responsabilidade Civil do Estado – Morte de mulher, provocada por disparo de policial, no exercício de sua função. Indenização. Cumulatividade do dano material e moral. Na esteira da jurisprudência pacífica desta Corte, a Responsabilidade Civil do Estado, pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros, exige indenização para cobrir os danos materiais e morais.

## 11 – Como avaliar o dano moral. Doutrina

A lição, ainda atualíssima, de A. von Tuhr, “Tratado de las Obligaciones”, trad., Madrid, Reus, 1934, estabelece as lindes divisórias entre o dano pecuniário e o moral no que tange à forma de reparação:

“A diferencia del daño patrimonial que bien sea mediante reposición en especie o pago en dinero, puede indemnizarse plenamente, restaurando el patrimonio en el estado que presentaría de no haber ocurrido el suceso dañoso, los quebrantos morales no son susceptibles de reparación mediante recursos jurídicos. Lo que sí cabe, en cierto modo, es compensarlos, o por mejor decir, contrapesarlos, asignando al ofendido una cantidad de



dinero a costa del culpable - así se hacía en Derecho romano, mediante la actio iniuriarum. La ley ordena este procedimiento en una serie numerosa de casos, bajo el nombre muy adecuado de "satisfacción". El lesionado tiene de este modo un lucro patrimonial, que puede destinarse a las satisfacciones ideales o materiales que estime oportunas."

A maior dificuldade na matéria que estamos versando é chegar-se a um índice que oriente a fixação do montante da indenização.

Dificuldade, atente-se, não impossibilidade.

Reconhece Agostinho Alvim, "Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências", S. Paulo, Saraiva, 5ª ed., 1980, página 224 ser o Juiz quem pede ao jurista a precisão que este não lhe pode dar:

"O sentimento de justiça impulsiona no sentido de admitir-se a indenização por dano moral; mas, a dificuldade da aplicação da teoria aos casos ocorrentes faz retroceder."

Atribui a isso o fato de os escritores acolherem de melhor sombra essa teoria do que a jurisprudência.

"As dificuldades que os Juizes encontram para decidir sem uma fórmula e a reputação louvável de lançar mão do arbítrio, constituem a causa principal dessa relutância dos Tribunais."

Mas, a reparação do dano moral, ainda que pecuniária, não indeniza satisfatoriamente, nem poderia, o dano íntimo sofrido pela vítima.

Daí por que o Prof. Wilson Mello Silva, concluiu com acentuada sabedoria: "Reparar, em verdade, o dano moral, seria, assim, buscar, de um certo modo, a melhor maneira de se contrabalançar, por um meio qualquer, que não pela via direta do dinheiro, a sensação dolorosa infligida à vítima ensejando-lhe uma sensação outra de contentamento e euforia, neutralizadora da dor, da angústia e do trauma moral."

O fato é que, - consigna o Prof. Clayton Reis - não se pretende avaliar a *pretium doloris* mas compensar o dano sofrido pela vítima. Além disso é mister considerar que "o Direito não é feito para os anjos e sim para o homem, com sua grandeza e suas mesquinhas - "ni bête ni ange", como disse Pascal - in Afrânio Lyra, à página 116, e à página 107, que:

"Não se pode exigir, em nome de um moralismo hipócrita, o desprendimento total, a resignação absoluta das vítimas de ofensas morais. Não deve o direito acolher as pseudo-razões de uma moralidade farisáica para, com elas, impor àqueles que sofrem danos morais o dever de perdoar sempre."

Na acertada opinião de Aguiar Dias deve prevalecer acima de tudo, que:

"A condição da impossibilidade matemática exata da avaliação só pode ser tomada em benefício da vítima e não em seu prejuízo."

"Não é razão suficiente para não indenizar e, assim beneficiar o responsável, o fato de não ser possível estabelecer equivalente exato, porque, em matéria de dano moral, o arbítrio é até da essência das coisas (Natur Der Sache)."

## 12 - Um projeto de lei que bem merecia ser retomado e atualizado

Em data de 10.8.1966, o então deputado Armando Falcão apresentou o Projeto nº 3.829, que dispõe sobre o dano moral, de efeitos não patrimoniais, praticado através de meios de divulgação.

Embora para esse fim específico propunha a importância de um milhão de cruzeiros, naquela época, e ainda como mínimo:

"Art. 3º - A avaliação do dano moral, objeto da presente lei, efetuar-se-á em moeda corrente, mediante arbitramento judicial, a partir de um mínimo, que aqui se fixa em Cr\$ 1.000.000,00 (um milhão de cruzeiros) para qualquer espécie de lesão, e na conformidade dos parágrafos seguintes..."

Em sua justificativa, publicada no "Diário do Congresso Nacional", Seção I do dia seguinte, páginas 4 e 5, referindo-se explicitamente ao dispositivo aludido, que trata do problema difícil da avaliação do dano moral extrapatrimonial, ponderava, insistia-se naquela ocasião, o atual Ministro da Justiça que o legislador pode pesquisar outros critérios, na retificação dos valores consignados na legislação anterior, no que tenha ficado mais ou menos assentado na jurisprudência e na doutrina, que aconselham para tais espécies de danos ressarcimento sempre vultoso, capaz de compensar o sofrimento moral a que dão lugar e a sua repercussão na sociedade, pois os limites compensatórios que propõe são simplesmente para discussão.

O que importava mesmo, era o sistema criado, optando pela fixação de um mínimo, destinado à indenização das lesões menos graves, a partir do qual por multiplicação se avaliam os danos crescentemente mais graves.

Nessa gradação, para efeito de aplicação do multiplicador, levou em conta, em primeiro lugar, a natureza da lesão, em face das demais, e, em segundo, a gravidade da lesão em si mesma, estimada através dos graus máximo, médio e mínimo, em conformidade com a orientação que nesse sentido confere ao Juiz o Código Penal, no capítulo da aplicação das penas.

"Fixado o critério, o ponto de referência inicial e o multiplicador, só aí, na determinação de gravidade da ofensa, e assim mesmo à luz das instruções de lei penal, foi que se conferiu algum arbítrio ao Juiz, que certamente saberá usá-lo com a devida prudência, como o faz, aliás, ao procurar fixar entre os limites legais a pena de condenação. Nesse sentido fez-se remissão não só à parte do Código Penal que trata das regras da aplicação da pena, como ao seu artigo 141, restrito ao seu parágrafo único e aos seus incisos I e II (excluído o III), relativamente a ofensas mais graves porque praticadas com agentes do poder público ou mediante promessa de paga. É de crer, por outro lado, que os elementos expressamente conferidos ao Juiz, a *latere* dos mencionados no Código Penal, para a determinação de gravidade da lesão, sejam os mais indicados na espécie por envolverem o grau de divulgação da ofensa, o grau de reputação do ofendido e as condições sociais do ofensor. Outros elementos, contudo, se lembrados, podem ser ajuntados a estes."

Considera que os poucos e esparsos dispositivos que se deparam no Código Civil, no Código Penal e na Lei de Imprensa, fixando a responsabilidade criminal e a reparação civil pelos danos morais, não têm sido bastantes para a indispensável repressão ao ilícito nesse domínio.

As cominações prescritas, quando restritivas da liberdade física, por contrária aos costumes nacionais, tornaram inócuas as ações penais, e quando determinativas de penas pecuniárias, por meio da aplicação de multas ou da condenação em indenizações, do mesmo modo falecem em seus resultados, não só porque extremamente minimizadas (mormente em face da desvalorização da moeda), como pela circunstância de se tornar a sua execução impraticável, na hipótese de serem os danos estritamente morais, isto é, não terem efeitos patrimoniais sobre que exercer o ressarcimento.

Daí a tendência que se constata hoje, em nosso País, como, aliás, em outras nações civilizadas, no sentido da reformulação dessa problemática.

A tentativa a que se entregara com esse objetivo partiu da premissa de que os danos morais, quando deles resultem efeitos patrimoniais, têm a sua reparação assegurada na lei civil através da avaliação dos prejuízos sofridos pelo ofendido em seus bens materiais e a execução da condenação sobre o patrimônio do ofensor.

O que interessava era reformular, portanto, a questão dos danos morais de efeitos extrapatrimoniais, sobre cuja reparação, já que tanto quanto os outros não podem ficar impunes, existe a mais exaltada e até insolúvel controvérsia.

Desde logo, de acordo com os costumes nacionais, a solução penal preconizada por muitos, e até certo ponto assente em nosso direito, não corresponde aos objetivos visados. Pelo menos, não é suficiente para isso.



Restava portanto, a via da reparação civil. Mas esta, admitida embora pelo Código Civil, não foi por ele satisfatoriamente formulada.

### 13 – Achegas para um cálculo

Após um longo período de dúvida, de negação mesmo do direito à indenização pelo dano moral, vem a jurisprudência brasileira superando e suprimindo as deficiências de uma legislação arcaica para a fixação de critérios mais razoáveis.

“A indenização por ato ilícito” – reconheceu ac. un. da 1ª Câm. Civ. TAMG de 4.8.1986, Ap. 31:355, Relª Juíza Branca Rennó, ADV 30.768, desvincilhando-se de critérios completamente superados, – “deve ser a mais ampla possível e para a reparação do dano a fixação da pensão mensal com base no salário mínimo satisfaz muito mais o prejuízo das vítimas do que se fosse fixada levando-se em conta o valor referencial”.

“Os próprios órgãos previdenciários no Brasil, quantificam valores quando ocorre a perda da visão, da audição, de um dedo ou outro órgão e sentido do corpo humano, no caso de acidente de trabalho. Aliás, seria o caso de se indagar qual o preço de uma operação de coração, de fígado, ou de estômago?”

Mesmo na fixação de honorários do profissional, que estão sujeitos ao arbítrio do Juiz, este fixa-os levando em consideração uma série de fatores de ordem subjetiva, tais como: a dificuldade da operação, o prestígio do médico, e a situação econômica do enfermo, além de outros fatores.”

Demonstra extensamente a Professora Ada Pellegrini Grinover, em parecer de 2.8.1990, no caso do Delegado de Polícia Álvaro Vicente de Luca contra S/A O Estado de S. Paulo que os limites impostos à indenização pelos artigos 51 e 52 da Lei de Imprensa não mais prevalecem, e que todavia encontravam aplicação à conduta culposa, não sendo cabíveis mesmo na ordem jurídica anterior, na hipótese de dolo o que justificou manifestações jurisprudenciais como as que se encontram à RT 616/46 e 618/69.

Torna patente ainda ser incompatível a amplitude do texto constitucional com as restrições anteriores, “no que tange aos limites impostos à indenização”.

“Fixando o critério da proporcionalidade da reparação em relação ao agravo (art. 5º, inc. V), a Constituição adota francamente o princípio de que a indenização, além de seu caráter punitivo, guarda um caráter francamente compensatório.”

“O caráter compensatório da reparação por dano moral não se coaduna com seu tarifamento ou com limitações e tetos impostos pela legislação anterior que, sob esse aspecto, perdeu eficácia.”

Deverá levar em conta a posição social e econômica de cada uma das partes, o transtorno sofrido e a situação a que ficou reduzida a vítima, a repercussão negativa em suas atividades, mas atente-se, principalmente, à necessidade de se dar um caráter punitivo e premonitório à leviandade e à malícia do requerido.

Se, para firmas de pequeno movimento comercial nos idos de 1960, foi cominado para a transgressão uma pena de R\$ 200.000,00 (Rev. dos Tribunais, vol. 300/236, e nos de 1957 não foi considerada excessiva uma de Cr\$ 500.000,00, ninguém poderá considerar, atualizando-as e estabelecendo as devidas proporcionalidades, a cominação de uma multa de 20 milhões de cruzeiros para a transgressão do preceito, como indenização pelos danos morais sofridos.

No montante de um milhão de dólares, nos idos de junho de 1987, foi condenada a indústria Robson Acrílicos a pagar à Baby Sit por ter copiado e fabricado indevidamente o modelo de uma cadeira para bebês adaptável ao banco traseiro do automóvel.

A decisão – noticiava “O Estado de S. Paulo” de 9 daquele mês – foi tomada pela Justiça, que após processo civil condenou, em primeira instância, a empresa acusada, a

pagar multa de 100 OTNs, durante o período em que fabricou a cadeira, acrescidos a este valor os 20% dos honorários advocatícios.

Atualize-se ao valor de hoje a OTN, considere-se que os atentados à honra de uma pessoa são muito mais graves, leve-se em conta que o patrimônio, dos transgressores em grande número de casos são muitos milhares de vezes superior ao de qualquer industrial de plásticos e chegar-se-ia à conclusão que um milhão de dólares, aos parâmetros do inflacionário 1989 ainda seria quantia módica.

Entre outros exemplos apontamos em nosso “Responsabilidade Civil”, o caso do ex-deputado estadual Válder Pecoits, preso e torturado na delegacia de polícia do município de Cascavel, tendo sido o Estado do Paraná condenado a pagar Cr\$ 5.806.000,00. Atualizando essa cifra de 1977, teremos, com a correção monetária e juros de 12% ao ano, uma quantia que ainda hoje não representa o ideal.

Divulgava-se, a 13.7.1984, que o Juiz Sérgio Cavalieri Filho, da 4ª Vara da Fazenda Pública do Rio, condenou o Estado a pagar ao comerciário aposentado, Orvani José do Amaral, uma indenização de Cr\$ 50 milhões (além de uma pensão vitalícia de 2,5 salários mínimos), pelo espancamento que ele sofreu em 1968, quando a Polícia Militar reprimia com violência uma manifestação estudantil.

Orvani não era estudante, não estava participando da manifestação e o espancamento o deixou com lesões neurológicas irreversíveis. Hoje, depois de duas operações no cérebro enxergando mal do olho direito e ouvindo com dificuldade ele sobrevive com uma irrisória pensão do INPS, que levou dez burocráticos anos para aposentá-lo por invalidez.

A sentença demorou 16 anos para ser apreciada e julgada.

O que tudo poderá ser compendiado nas expressivas palavras do ac. unân. do 1º Grupo de Câmaras, reg. em 11.1.1994 do TJRJ, na EAp. 4130, rel. Des. Marlin Marinho, ADV 66.984:

No Direito brasileiro, o arbitramento da indenização do dano moral ficou entregue ao prudente arbítrio do Juiz. Portanto, em sendo assim, desinfluyente será o parâmetro por ele usado na fixação da mesma, desde que leve em conta a repercussão social do dano e seja compatível com a situação econômica das partes e, portanto, razoável.